

Evolución y crisis del instituto expropiatorio (1)

SUMARIO: I. LA PROPIEDAD Y LAS FORMULACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA GARANTIA EXPROPIATORIA. II. DE LA EXPROPIACION FORZOSA COMO SISTEMA DEFENSIVO DE LA PROPIEDAD A PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA. III. DE LA LEY SINGULAR COMO GARANTIA DE LA PROPIEDAD A LA LEY SINGULAR COMO TECNICA DE ELIMINACION DE LA GARANTIA EXPROPIATORIA. IV. LA REDUCCION DE LA GARANTIA JUDICIAL EFECTIVA A UN MEDIEVAL DERECHO DE PETICION. V. LA ELIMINACION DE LA REGLA DEL PREVIO PAGO. VI. LA INUTILIDAD DE LA PROTECCION INTERDICTAL CIVIL Y LA INSUFICIENCIA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS EXPROPIACIONES IRREGULARES. VII. LA ULTIMA CRISIS. LOS JUSTIPRECIOS LEGALMENTE TASADOS. VIII. REFLEXION FINAL.

«Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (art. 33.3 de la Constitución española).

I. LA PROPIEDAD Y LAS FORMULACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA GARANTIA EXPROPIATORIA (2)

Nuestra Constitución no considera el derecho de propiedad como un derecho fundamental, de naturaleza preconstitucional, regulable

(1) Este trabajo con parecida formulación e intención ha sido redactado para el libro *Homenaje al Profesor García de Enterría*, mi maestro, al que nuevamente se lo dedico, reiterando aquí, una vez más, mi gratitud, admiración y afecto.

(2) Sobre la expropiación forzosa, además del fundamental estudio GARCÍA DE ENTERRÍA *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pueden consultarse, entre

sólo por ley orgánica y susceptible de amparo directo, sino que, siguiendo la tradición de la Constitución de 1931, la incluye entre los derechos económicos y sociales (art. 33) regulados por ley ordinaria y garantizados únicamente por los modos comunes ante los tribunales ordinarios.

La Constitución de 1978 se pone así en línea con la Constitución italiana, que no cataloga la propiedad entre los derechos fundamentales e inviolables, sino entre los derechos económicos subordinados a los intereses generales y regulados por la ley (3); asimismo con los artículos 14 y 15 de Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que, según interpretación de su Tribunal Constitucional (sentencia de 18 de noviembre de 1962), no consideran la propiedad un derecho fundamental por sí mismo, sino «en cuanto se encuentra en relación íntima con libertad personal» (4). A notar también que esta

otros, los trabajos de BERMEJO VERA, «A propósito de la retasación expropiatoria», *REDA* núm. 5; BOCANEGRA, «Sobre la impugnación por la propia Administración de los acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación», *REDA* núm. 5; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El control jurisdiccional de la causa expropiatoria», *REDA* núm. 1; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1983; MUÑOZ MACHADO, *Expropiación y Jurisdicción*, Madrid, 1976; PARADA VÁZQUEZ, *La expropiación urgente*, en el libro homenaje a Sayagués Laso, Madrid, 1969; «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso Rumasa)», *RAP* núm. 100; NIETO, «Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa», *RAP* núm. 38; PÉREZ MORENO, *La reversión en materia de expropiación forzosa*, Sevilla, 1967; «La retasación de los bienes expropiados», *RAP* núm. 66; RODRÍGUEZ OLIVER, «Intereses de demora y expropiaciones urgentes», *RAP* núm. 66; RODRÍGUEZ PASTOR, «La teoría de la responsabilidad del Estado legislador», *RAP* núm. 68, y VILLAR PALASI, «Justo precio y transferencias coactivas», *RAP* núm. 18.

(3) La Constitución italiana regula la propiedad en los artículos 42, 43 y 44: «La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entidades o a particulares. Se reconoce la propiedad privada y la garantiza la ley, la cual determina los modos de adquirirla y disfrutarla y sus límites, con la finalidad de asegurar sus funciones sociales y de hacerla accesibles a todos. La propiedad privada puede ser expropiada en los casos que prevé la ley, y salvo indemnización, por motivos de interés general. La ley establecerá las normas y límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos sucesorios que correspondan al Estado (art. 42). Con fines de utilidad pública la ley puede reservar originariamente o transferir mediante expropiación, y con indemnización al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresa que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o monopolios y que tengan carácter de preeminente interés general (art. 43). A fin de conseguir la racional explotación del suelo y de establecer relaciones sociales equitativas, la ley impone obligaciones y vínculos a la propiedad rústica privada, fija los límites de su extensión según las regiones y las zonas agrarias, promueve e impone el saneamiento de la tierra, la transformación del latifundio y la creación de nuevas unidades productivas; ayuda a la pequeña y mediana propiedad. La ley dispondrá medidas en favor de las zonas de montaña (art. 44).

(4) Artículo 14 de la Constitución de la República Federal de Alemania: «1) La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes. 2) La propiedad tiene sus cargas. Su uso debe servir asimismo al bienestar general. 3) La expropiación sólo es lícita por causas de interés general. Podrá ser efectuada únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y la cuantía de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y los de los afectados. En caso de discrepancia sobre la cuantía de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.

«desconsideración» hacia el derecho de propiedad resulta del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no la incluyó, inicialmente, entre sus derechos protegidos, sino, y con numerosas salvedades, en su Protocolo número 1 (5).

Este rebajado tratamiento constitucional del derecho de propiedad contrasta con la formulación radicalizada de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789 que lo calificó, al mismo nivel que el derecho a la libertad y el derecho a la resistencia a la opresión (art. 2), de derecho sagrado e inviolable (art. 17), concepción desde la que sería muy difícil justificar hoy las numerosas y variadas restricciones que, sin compensación adecuada, es objeto la propiedad.

El origen de esa consideración casi divina de que fue objeto la propiedad por la Revolución francesa lo sitúa RENOUX ZAGAME (6) en la teología medieval para la que, como muestra Santo Tomás, todo el mundo y las cosas que en él se asientan son de Dios que ejerce sobre ellas un dominio o derecho que excluye el derecho del hombre. El pase de la titularidad del dominio desde Dios al hombre se habría operado —según este autor— entre los siglos XIV a XIX a través de dos ideas: el dominio humano se entiende como una participación del divino, que utiliza las cosas como mandatario o lugarteniente de Dios; de otra, el hombre domina el mundo porque es diferente de ese mundo y es una imagen de Dios, en el sentido que su razón manda sobre su voluntad. Poco a poco prevalece la idea de que por su razonabilidad, el hombre, a imagen de Dios, se ha dado así mismo un dominio de derecho natural, prolongación y duplicado del dominio divino.

Después el universo no se concibe ya en función de Dios o del hombre, ni vinculado a ellos, sino como algo independiente, obediente a sus propias leyes, originándose un vacío jurídico que la ideología revolucionaria permitirá ocupar al hombre con toda libertad. Desde entonces, el dominio del hombre deja de ser un derecho-deber, para convertirse en un derecho-libertad, y puesto que Dios es extraño a esa creación, la idea de un dominio y de un derecho de Dios se desvanece, se

Por su parte, el artículo 15 determina que "con fines de socialización", y mediante una ley que establezca el modo y la cuantía de la indemnización, la tierra y el suelo, las riquezas naturales y los medios de producción podrán ser convertidos en propiedad colectiva o en otras formas de economía colectiva. Respecto de la indemnización se aplicara *mutatis mutandis* lo establecido en el artículo 14.»

(5) «Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación y uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.»

(6) *De Droit de Dieu au droit de l'homme: sur les origines théologiques du concept moderne de propriété*, citado por F. COLLI, en «Le conseil constitutionnel et le droit de propriété», en *Revue de Droit Public*, núm. 1, 1988, p. 151.

disuelve y se transforma en un derecho del hombre del mismo contenido que su modelo, de donde resulta —concluye el autor a quien seguimos— la idea de que el hombre ostenta ciertos poderes naturales que se benefician de una suerte de sacralización, de divinización, que les transforma en otros tantos derechos universalmente respetables.

Es por esto, como dice F. COLLI (7), que «el derecho de propiedad proclamado en la Revolución francesa por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como derecho natural de apropiarse de todas las cosas, bautizado además como derecho del hombre y que servirá de modelo a otros muchos derechos, fue construido por sus iniciadores, sobre el modelo divino de un hombre concebido como el lugarteniente de Dios sobre la tierra. Este derecho natural del hombre de apropiarse de todas las cosas, este derecho-libertad representa para cada hombre, para cada persona, una de las expresiones más profundas, si no la más profunda de su libertad.

Ahora bien, puede entenderse además que estas dos formas de concebir la titularidad de la propiedad, su asignación a Dios o al hombre, no paran aquí sino que tienen una especial trascendencia y proyección sobre las modalidades de su utilización o aprovechamiento y sobre la instrumentación de una mayor o menor garantía en su protección.

Así, la concepción prerrevolucionaria que remite en definitiva a Dios todas las titularidades comportaba una utilización de los bienes más comunitaria, social o socializante, que se manifiesta en una mayor vigencia o extensión cuantitativa de las propiedades colectivas o comunales y de una concepción plurifuncional de la propiedad agrícola sujeta a servidumbres o aprovechamientos en favor de terceros y colectividades (8), así como los bosques vinculados a intensas servidumbres y obligaciones de repoblar.

Consecuentemente, la concepción social o comunal de la propiedad, porque la titularidad en último término se asigna al Creador de todas las cosas, se corresponde con una debilidad formal en la protección del titular, o sea, en la ausencia de garantías procedimentales eficaces frente a la privación o disminución de las utilidades de la propiedad frente a los intereses comunes, como ahora conocemos a través de la institución expropiatoria o la responsabilidad de la Administración.

Por el contrario, con la Revolución francesa se pasa, por una parte, a una opuesta concepción de la propiedad rústica —que es la que, económicamente, cuenta—, individualista y agrarista, que da preferencia a los cultivos sobre los aprovechamientos ganaderos y forestales más

(7) *Op. cit.*, p. 151.

(8) *Vid.* MONTES, Vicente, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.

comunitarios, y que se traducirá en su identificabilidad y plenitud jurídica con el reconocimiento del derecho al cierre de las fincas y de la roturación (*deflichement*), así como, inicialmente, a la atribución al propietario de los productos mineros (según leyes, en Francia, respectivamente, de 29 de septiembre y de 28 de junio de 1791). En nuestro Derecho, la plasmación normativa de este cambio revolucionario está en el importante Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813 que define las reglas a que en lo sucesivo había de ajustarse la utilización de las tierras, como libertad de cerramientos, explotación, arrendamientos, etcétera (9).

De otro lado, en correspondencia con esa concepción sagrada e individualista de la propiedad y de la atribución en exclusiva al propietario de todas las utilidades que la propiedad es capaz de producir, aparecen solemnemente afirmadas las garantías formales defensivas de la propiedad, el instituto expropiatorio, construido, con toda lógica en negativo, es decir, como una garantía radical frente a la desposesión por el ente que personifica la suma de todos los intereses generales o comunales —el Estado— y no en positivo como una potestad de éste de apoderarse de los bienes particulares para servicio del bien común, la potestad expropiatoria. Por eso, los textos constitucionales formulan la expropiación en términos prohibitivos como el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano («Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado nadie podrá ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija claramente y con la condición de una indemnización justa y previa»). También lo hace así el artículo 172 de la Constitución de Cádiz: «no puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso o aprovechamiento de ella y si en algún momento fuese necesario para un objeto de conocida utilidad pública común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio a vista de hombres buenos».

Incluso ese carácter defensivo se intensifica en las Constituciones posteriores que incluyen la prohibición rigurosa de la confiscación de bienes [art. 10 de las Constituciones de 1837 y 1845 («No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes»)] y que en aras de una protección más eficaz condiciona la desposesión a la intervención judicial (art. 14 de la Constitución de 1869: «nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado»).

(9) Vid. MONTES, Vicente, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.

El rigor garantista afloja con la Constitución de 1876 que ya no condiciona el efecto expropiatorio a la intervención judicial previa (art. 10: «no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización; si no procediere este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado»).

En todo caso, el cambio de tendencia hacia la configuración constitucional de la propiedad no como un derecho sagradamente individualista, sino como objeto de deberes sociales y, consiguientemente, la expropiación forzosa como una potestad pública, más que como un mecanismo defensivo de los propietarios, es manifiesta ya, por inspiración de la Constitución de Weimar (10), en el artículo 135 de la Constitución de 1931: «la propiedad obliga, su utilización debe ser simultáneamente al servicio del bien común». Incluso este precepto admite ya expresamente la expropiación sin indemnización:

«1. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

2. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación por causa de utilidad social mediante la adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes» (art. 44.)

La evolución de la configuración constitucional de la propiedad se cierra en el artículo 33 de la Constitución de 1978, al menos semánticamente, con un compromiso en el que al lado del reconocimiento explícito de la propiedad privada («se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia») y del carácter garantista de la expropiación («nadie podrá ser privado de sus bienes o derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes»), se afirma la función social de la propiedad (la función social de estos derechos —la propiedad y la herencia— delimitará su contenido esencial) y se rebaja, como se dijo, el carácter del derecho de la propiedad que pasa a ser un derecho constitucionalmente menor, inclui-

(10) Artículo 153: «La propiedad obliga. Su ejercicio debe ser al mismo tiempo un servicio prestado al bien común»; artículo 155: «El poseedor de la tierra está obligado frente a la comunidad a laborar y explotar el suelo.»

do entre los derechos económicos y sociales (título I, capítulo II, sección 2.^a), y, por ello, regulable por ley ordinaria y carente de la protección del amparo constitucional.

Ahora bien, la garantía constitucional de la propiedad plantea numerosos problemas, comenzando por el relativo a qué se entiende por propiedad, es decir, qué bienes o derechos comprende a los efectos de su protección constitucional, lo que no siempre coincide con los conceptos y terminología comunes en el Derecho privado (11).

Dentro de esa problemática garantista se insertan también las cuestiones relativas al ámbito objetivo o espacios a los que se extiende la propiedad (y actividad) pública y propiedad (y actividad) privada, cuestiones que la Constitución afronta con mejor o peor fortuna en los artículos 38, 128 y 132 (12).

(11) El concepto de propiedad aquí utilizado no tiene el alcance restringido del Derecho civil, que lo circunscribe al dominio pleno de un hombre sobre una cosa (art. 348 del Código Civil: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»), sino que comprende la titularidad de toda clase de derechos patrimoniales, y por ello la propiedad o dominio, así como los derechos reales, derechos, obligaciones, titularidad de acciones, etc. Tampoco la propiedad se limita a la que recae sobre bienes inmuebles, que es la que preocupaba a los legisladores revolucionarios del siglo XVIII, comprendiendo los muebles y los derechos incorporales. En esto la Constitución se ha puesto al día al utilizar indistintamente en el artículo 33 las expresiones propiedad, bienes y derechos, en correspondencia por otra parte con el concepto amplio de lo que puede ser objeto de expropiación que expresa el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954: «Es objeto de la presente Ley la expropiación por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación de la propiedad privada o de los derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación en su ejercicio.»

(12) Recientemente, sobre estas cuestiones: MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, Madrid, 1988.

El artículo 38 de la Constitución establece un primer deslinde al reconocer como un principio regulador de la economía «la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado», aunque matiza que dicho principio ha de entenderse «de acuerdo con las exigencias de la economía general» y, en su caso, de la planificación. El reconocimiento de la propiedad (y actividad) privada como supuesto general y de la pública como excepción, se desprende también del artículo 128 que permite la iniciativa pública en la actividad económica, concretando, no obstante, que ésta sólo puede tener lugar mediante la reserva por ley al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. Síguese de lo anterior que el campo de la propiedad pública es excepcional y marginal respecto del espacio patrimonial reservado como regla general a los particulares. Desde este primer hallazgo, parece deben considerarse constitucionalmente si no ilícitas, si al menos sospechosas, las «nacionalizaciones silenciosas», es decir, aquellas que se efectúan por compra de acciones de empresas en el mercado. Más fácil resulta desde estos preceptos condenar las publicaciones de sectores de actividad o de riqueza o las expropiaciones o intervenciones de empresas o sectores productivos si no se dan aquellas condiciones, y lógicamente, mientras subsistan. El artículo 132 de la Constitución ha entrado también en la delimitación concreta de los bienes públicos y privados al remitir a la ley ordinaria la determinación de los que han de ser de dominio público, imponiendo que lo sean de todo caso «la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental». Sobre esta regulación puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988 sobre la constitucionalidad de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985.

Extraordinaria importancia tiene también la determinación de las limitaciones y atentados a la propiedad permisibles sin o con indemnización (13) y, por consiguiente, de la profundidad de las limitaciones no indemnizables. ¿Hasta dónde?; ¿cuál es el contenido esencial de la propiedad que debe ser respetado? (14). Porque de no establecerse algún límite a estas configuraciones legales, poco a poco, la propiedad puede aparecer como la margarita que el legislador deshoja, dejando en las manos del titular sólo el tallo de la flor y la espina del pago de los impuestos que toda titularidad en mayor o menor medida comporta.

En cualquier caso, no es posible aceptar que la propiedad, en su manifestación más típica, como es la propiedad sobre bienes inmuebles, pueda ser saqueada una y otra vez, indefinidamente por uno u otro concepto, privándose ayer del subsuelo minero, otro día del derecho a edificar, después de la posibilidad de cultivar determinados productos, más adelante de las aguas subterráneas, a lo que habría que

(13) En cuanto a la indemnización, crecen los supuestos en que se descarta. En principio no se consideran indemnizables las limitaciones puramente jurídicas, negativas del derecho de propiedad, como las impuestas por reglamentación de alquileres, del control de precios, o por la proximidad del dominio público (carreteras, ferrocarriles, etc.), o sobre la propiedad agraria (prohibiciones de determinados cultivos). La privación de la indemnización se justifica en la generalidad de las personas a las que afectan las limitaciones, a las que sería financieramente imposible compensar adecuadamente, circunstancias que se recoge en la legislación sobre responsabilidad civil de la Administración al exigir, para que los daños ocasionados con motivo del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sean indemnizables, que afecten a una persona o grupo de personas (art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). En cuanto a la nacionalización encubre distintas realidades. En las nacionalizaciones ordinarias, es decir, aquellas en que se opera un traslado imperativo de empresas al sector público, tanto su calificación de expropiaciones como la necesidad de proceder a su indemnización no ofrece duda alguna. Más confuso es el caso de la nacionalización de determinadas clases de bienes, o de potestades o utilidades singulares de un derecho, como ocurrió con la declaración en su día del subsuelo minero como propiedad pública y como es el caso reciente de la nacionalización de aguas subterráneas por la Ley de Aguas de 1985. Para obviar la indemnización, el legislador respeta, en principio, los derechos adquiridos entendiéndolos por tales los ya ejercitados, las aguas ya alumbradas y en utilización, que continúan en régimen de derecho privado, pero sin la protección pública que comporta el Registro de Aguas; o se permite la conversión tras un plazo de cincuenta años de los derechos privados en concesiones (disposiciones adicionales de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto). Por último, las nacionalizaciones de actividad, porque la que están llevando a cabo los particulares al declararse actividad pública se les prohíbe (art. 128 de la Constitución), también presentan problemas, en cuanto es una medida «que se sitúa a medio camino entre la expropiación estricta, caracterizada por la nota de la singularidad» (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) y la limitación definida por la nota de la generalidad. En principio, deben ser indemnizadas las cesaciones de ejercicio de actividades que impliquen cierre de empresas y pérdidas de clientelas, verdaderas desposesiones en las que es posible y como tales expropiaciones aparecen caracterizadas por el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa que incluye en su protección «las meras cesaciones de ejercicio». No obstante, el Tribunal Supremo (sentencias de 22 de mayo de 1970, 1 de febrero y 12 de noviembre de 1971 y 30 de septiembre de 1972) no reconoció derecho de indemnización a las empresas aseguradoras privadas cuando la Ley de Seguridad Social, texto articulado de 21 de abril de 1966, dispuso el cese de sus actividades en favor del sector público de la Seguridad Social.

(14) SALA ARQUER, *En torno al concepto de límites normales de la propiedad en Derecho público*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1976.

sumar la imposición de deberes positivos de hacer bajo amenaza de expropiación, soportar impuestos directos y toda clase de servidumbre y limitaciones no indemnizables. Siendo, en principio, todas esas actuaciones asiladamente legítimas habrá que pensar que existe un tope cuantitativo, de forma que pese a la suma de todas estas configuraciones, limitaciones y gravámenes exista siempre respecto de cada concreta propiedad un último aprovechamiento inatacable o indemnizable que justifique en términos económicos el interés del titular por el bien en cuestión de forma que alejen la propiedad de la imagen del animal disecado, que tiene la apariencia de los vivos, pero al que se ha privado de todas sus vísceras y facultades.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley del Parlamento de Andalucía número 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, parece rechazar la idea de la reducción de la titularidad dominical a la facultad del propietario de pasearse por sus campos, al afirmar que la traducción institucional de las exigencias de la función social de la propiedad que corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar «no puede llegar a anular la utilidad meramente individual de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas», lo que ha de ser controlado por el Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales en el ámbito de sus respectivas competencias, los cuales en el ejercicio de ese control jurídico habrán de buscar «el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable» (15).

(15) Desde esta perspectiva habrá que revisar las explicaciones a la posibilidad de eliminación radical para unos, pero no para otros, del *ius edificandi*, a la facultad de construir, ínsito en toda propiedad inmobiliaria, desposesión que se ha explicado como un supuesto de conformación administrativa de los contenidos de la propiedad a través de los planes de urbanismo, y que no comportan derecho a indemnización como dicen los artículos 76 y 87 de la Ley del Suelo (GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO). Que la ley niega todo derecho de indemnización por la limitación y aun eliminación del derecho a edificar es evidente, pero de esto a aceptar que es constitucionalmente legítimo que la Administración, y por más señas la municipal, conforme a la propiedad privada en forma tan desigual como la que suponen los planes urbanísticos es otra cosa. En el Derecho francés, más sinceramente, las limitaciones urbanísticas se han caracterizado como servidumbres justificándose la no indemnizabilidad en el excesivo coste económico que supondría atender a las indemnizaciones, inhibitorias por ello de cualquier política urbanística. Pero, en definitiva, esa inexplicable e injustificada desigualdad, que comporta atribuir a la Administración la definición de la edificabilidad de unos y otros terrenos, ha terminado en una relativa socialización o nivelación en el disfrute de ese derecho tanto en Francia como en Italia. Al respecto, GAMBARO, Antonio, *Ius Aedificandi e nosiones civilistica della proprietà*, Giuffrè, Milán, 1975.

Ahora bien, no obstante la importancia de estas sustanciales cuestiones, que constituyen la avanzadilla de la defensa de la propiedad, sólo nos ocuparemos aquí de los aspectos formales de esa garantía constitucional de la propiedad, es decir, de los procedimientos administrativos a que se condiciona la desposesión en favor de los intereses públicos y de los procesos que garantizan que ésta se realice con arreglo a las condiciones materiales que constitucionalmente la legitiman.

II. LA EXPROPIACION FORZOSA COMO TECNICA FORMAL DE DEFENSA DE LA PROPIEDAD

Efectivamente, más que al análisis de los límites sustanciales constitucionalmente garantizados de la propiedad frente a limitaciones, servidumbres, planes o normas que definen el ámbito de la propiedad privada, el artículo 33.3 de la Constitución invita a reflexionar sobre la firmeza y operatividad de los aspectos formales de la garantía que el instituto expropiatorio ha protagonizado desde que como procedimiento de específica protección contra la desposesión de la propiedad se impuso por el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ganando desde entonces carta de naturaleza en el constitucionalismo.

Ese análisis debe comenzar recordando que fue Napoleón quien, con la Ley de 8 de marzo de 1810, precisó las fórmulas procesales de defensa de la propiedad inmueble frente a los desapoderamientos de bienes inmuebles que originaban las obras públicas. Y lo hizo, además, en términos de notable contraste con su política de separación de la Administración y los Tribunales ordinarios. Así, mientras a la jurisdicción administrativa se le asignaba una competencia prácticamente ilimitada en todas las cuestiones en que era parte la Administración, y en especial en materia contractual, sustrayendo esa competencia a los tribunales civiles, curiosa y paradójicamente, este proceder antijudicialista iba a sufrir una notable excepción con la regulación de la expropiación forzosa. En esta cuestión «el general legislador» se sintió, en efecto, como un liberal radicalizado, forzando al Consejo de Estado a que preparase una ley cuyas ideas centrales habían de ser la máxima desconfianza hacia la Administración, tanto activa como contenciosa, y el otorgamiento de garantías eficaces a los propietarios. Para ello, no vio otra solución que la de no permitir la cesión forzosa de la propiedad, sino por sentencia judicial recaída en un proceso de corte civil.

No cedió Napoleón a la resistencia pasiva del Consejo de Estado, para quien estas ideas representaban un paso atrás en la recién conquistada independencia de la Administración frente a los Tribunales,

ni se doblegó ante argumentos tan serios para un administrador cabal, como la imprescindible urgencia de la actividad administrativa, o el riesgo de que la intervención del juez civil comportase la fijación de indemnizaciones excesivas. Para ambas objeciones tuvo respuesta, una respuesta elemental: la intervención del juez civil no tiene por qué paralizar la acción administrativa, pues ello podría obviarse con la estructuración de un proceso civil sumario que podría durar días; pero siempre ante el juez civil, pues la propiedad, si no hay consentimiento del propietario, sólo puede ceder ante una sentencia judicial en la que, además, se fije la indemnización (16).

Con el tiempo, la Ley Napoleónica de 1810 había de ser objeto de sustanciales modificaciones —siempre en razón de la urgencia o de las formas de fijación de la indemnización—, modificaciones que dieron como resultado la conversión del juez civil, de protagonista y actor principal del procedimiento o proceso expropiatorio, en mero espectador, que preside los Jurados de Expropiación creados por las Leyes de 7 de julio de 1833 y 3 de mayo de 1841, quedando también en su mano la facultad de decretar la transferencia de propiedad tras la simple constatación de la existencia de los trámites administrativos precisos para aquel efecto traslativo, pero sin poder de anulación.

En este siglo, el procedimiento expropiatorio sufrirá un nuevo proceso degradatorio y administrativizador, al generalizarse el procedimiento de urgencia por sendos decretos de 1935, pero cuando todo hacía suponer que la concepción napoleónica sobre la expropiación paradójicamente judicialista, estaba definitivamente abandonada —máxime tras las reformas operadas generalizadoras del procedimiento de urgencia—, la Ordenanza de 28 de octubre de 1958, aprobada bajo la presidencia de otro militar, el General De Gaulle, vuelve a regular la expropiación forzosa sobre las bases sentadas por la Ley de 1810, dando así un salto atrás que supone la vuelta a los orígenes napoleónicos, incuestionada por la doctrina francesa.

Dato sobresaliente de esta nueva regulación, que completará la Ley de 26 de julio de 1962, es la creación dentro de la jurisdicción civil de una especial de expropiación con dos instancias y el correspondiente recurso de casación. En esencia, pues, el procedimiento expropiatorio tiene en Francia dos fases: una primera de carácter administrativo, que comprende la declaración de utilidad pública y de la necesidad de la ocupación, y otra, rigurosamente judicial ante el juez civil, constituida por la determinación del justiprecio y la declaración de la transferencia de la propiedad.

(16) Según se desprende de la nota dictada a CABBACERES en Schoenbrunn, el 23 de septiembre de 1909, transcrita por BOURDON, *Napoleon au Conseil d'Etat*, Berger Levrault, París, 1963.

En todo caso, lo dicho en este afrancesado prólogo se justifica porque nuestras leyes modernas sobre expropiación han sido directamente influenciadas por la legislación francesa y, aunque no siempre en tiempos coincidentes con ésta, nuestro Derecho recoge tanto el modelo judicial como el administrativo. Así, nuestra primera Ley de Expropiación Forzosa, la de 17 de julio de 1836, responde sólo en líneas generales al sistema judicialista, limitándose la actividad del juez a nombrar al tercer perito que había de fijar el justiprecio, de no existir acuerdo entre la Administración y el propietario (17), y el Reglamento de aplicación de dicha Ley, aprobado diecisiete años después, el 27 de julio de 1853, cuando ya estaba en funcionamiento la jurisdicción administrativa, desvió hacia ésta la garantía del procedimiento de expropiación y de la correcta fijación de las indemnizaciones, reconociendo un amplio recurso contencioso-administrativo.

Pero la administrativización del instituto expropiatorio había de entrar en crisis como consecuencia del artículo 14 de la Constitución de 1869 que obligaba a una contundente regulación judicial atribuyendo al juez tanto la fijación del justiprecio como la declaración de la transferencia de la propiedad. «Nadie —decía aquel precepto constitucional— podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado.»

Plenamente judicialista es, por tanto, la regulación del Decreto de 12 de agosto de 1869, cuya exposición de motivos resume magistralmente las dos concepciones enfrentadas sobre la expropiación, la administrativa y la judicial:

«Obedeciendo —dice la exposición de motivos— a principios distintos de los que se fundaba la Ley de 1836, el artículo 14 de la Constitución separa la esfera jurídica de la administrativa; abandonando el primer período al cuidado del Gobierno, y en este punto subsisten, por tanto, la ley y el reglamento vigentes; pero al comenzar el segundo período, cambia el sistema, y sólo por mandamiento judicial, se realiza la ocupación, quedando sometido el justiprecio a lo que decida esta última Autoridad. De aquí resultan dos modificaciones importantísimas: la

(17) El artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1836 declaraba que «siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar a ningún particular, corporación o establecimiento de cualquiera especie a que ceda o enajene lo que sea de su propiedad para obras de interés públicos, sin que precedan los requisitos siguientes: Primero: Declaración solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública y permiso competente para ejecutarla. Segundo: Declaración de que es indispensable que se ceda o enajene el todo o parte de una propiedad para ejecutar la obra de titularidad pública. Tercero: Justiprecio de lo que haya de cederse o enajenarse. Cuarto: Pago del precio de la indemnización».

primera en el justiprecio; la segunda, en el desahucio y posesión. Respecto a aquélla, el nuevo precepto constitucional altera los trámites que prescribe el artículo 7 de la Ley del 36, ni prejuzga tampoco cuáles sean éstos, pero completa dichas prescripciones exigiendo la sanción del juez para que tenga fuerza ejecutiva la tasación de peritos, consiste la segunda en que el desahucio y la posesión no competen a la Autoridad gubernativa; debiendo, para ser válidos, proceder de mandamiento judicial, que deberá expedirse en vista de las actuaciones preparadas por la Administración en el primer período. Consecuencia natural de este nuevo curso que el expediente de expropiación sigue es, por una parte, que todo poder de la Administración en materia de tasaciones quede anulado y que sólo se le comunique lo resuelto a fin de que realice el pago, y por otra parte desaparece asimismo, en lo que a justiprecios se refiere, la competencia contencioso-administrativa, que el artículo 26 del Reglamento establece.»

Consecuentemente, los artículos 2 y 3 del mencionado Decreto establecían que una vez terminado el expediente relativo a la necesidad de ocupación (contra el que cabía recurso contencioso-administrativo), el gobernador lo trasladaría al juez de primera instancia del partido en que radicasen las fincas para que procediera a la tasación, siendo ejecutiva la providencia fijando el importe de la indemnización. Expedido el mandamiento de pago, el juez pondría en posesión a quien lo hubiera obtenido (18).

Sin embargo, la fase liberal y judicialista había de durar muy poco, pues la Constitución de 1876 se cuidó de no aludir a la intervención judicial (art. 10: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente, y en los casos previstos por la ley»), retornando el instituto expropiatorio a parámetros administrativos mucho más manejables. En este sentido la ley de más larga vigencia, la de 1 de enero de 1879, administrativiza la expropiación forzosa de forma radical, reduciendo otra vez la intervención del juez civil al mínimo y desairado papel de nombrar —en la fase del justiprecio— al tercer perito, cuyo dictamen por demás no vincula a la Administración. Esta resolvía después el justi-

(18) De la regla del previo pago sólo se dispensan las ocupaciones temporales, ya que «el artículo 14 de la Constitución sólo establece el pago del justiprecio para los casos de verdadera expropiación, no para el de una servidumbre transitoria, y es esta circunstancia, unida a la imposibilidad práctica, comprobada por la experiencia, siquiera aproximada, del importe de la ocupación y daños que se originen, las que justifican plenamente el régimen del artículo 5», precepto que habilitaba al juez a autorizar la ocupación de la finca antes del pago de los daños que el mismo juez fijaba *a posteriori*.

precio tras ese dictamen no vinculante, en forma rigurosamente unilateral.

Además, el solemne modelo inicial del procedimiento expropiatorio sufrió otras alteraciones en su estructura secuencial, concebida sobre la idea de que la ocupación de los bienes no podía producirse antes de que se cumplieran los trámites de la declaración de utilidad pública, necesidad de ocupación, justiprecio y pago. En efecto, tomando como causa y excusa la urgencia de las obras a realizar sobre los bienes cuya expropiación se pretendía, se alteró el orden de los trámites del procedimiento expropiatorio, de forma que los de pago y justiprecio se pospusieron a la toma de posesión por la Administración expropiante. Aparece así desde las primeras regulaciones de la expropiación forzosa un procedimiento especial, la expropiación urgente, que acabará desplazando al procedimiento ordinario.

En nuestro Derecho, es la Ley de 1879 la que prevé, por vez primera, la posibilidad de que se ocupen los bienes expropiados antes de la fijación del justiprecio definitivo y una vez que, ante las inconciliables valoraciones de las partes, se acreditase la falta de avenencia sobre el justiprecio.

Ahora bien, como la ocupación inmediata de las fincas expropiadas sólo se permitía sobre la base de que la Administración depositase un justiprecio provisional calculado sobre la propia valoración del perito del expropiado y que producía, además, un interés del 4 por 100 hasta el momento del percibo de la indemnización definitiva (art. 48 del Reglamento de 13 de junio de 1879 y arts. 36 y 38, respectivamente, de los Reglamentos de Expropiación de Guerra y Marina, aprobados por Reales Decretos de 10 de marzo y 19 de febrero de 1881), fácil es comprender que bastaba con que el perito del propietario exagerase convenientemente la valoración para que se hiciese imposible el depósito y con ello la ocupación anticipada.

Para obviar este, prácticamente, insuperable obstáculo, la Ley sobre Expropiación de Costas y Fronteras de 15 de mayo de 1902 permitió el cálculo del depósito con criterios de valoración fiscal, normalmente muy inferiores a los valores reales, criterio que se generaliza en la Ley de Expropiación mediante la reforma llevada a cabo por la Ley de 30 de julio de 1904. La generalización de valores fiscales, siempre en la época más bajos que el real, hizo ya posible no sólo la constitución de los depósitos, sino que permitió efectuar pagos provisionales a voluntad del expropiado.

Esta técnica de depósito con arreglo a valores fiscales tan favorable ahora a la Administración expropiante se recoge en el Estatuto Municipal de 1924 (art. 186) y de ahí pasa a la Ley de 30 de octubre de 1939, que diseñó un procedimiento de urgencia «para evitar —como dice en su exposición de motivos la Ley vigente— que la utilización

de mecanismos legales fuera de fase pusiera trabas o entorpeciera la acción administrativa impulsada por la urgencia de la reconstrucción nacional».

La regulación de la urgencia en la Ley de 1939 es antecedente directísimo del artículo 52 de la Ley de Expropiación de 1954, en el que se reguló el procedimiento de urgencia que al decir ingenuo (o cínico) de su exposición de motivos se limitaría a supuestos muy excepcionales (19). Pero puesta en vigor la nueva ordenación, el procedimiento de urgencia se generalizó con rapidez inusitada, porque numerosísimos decretos impusieron la expropiación urgente en sectores de actividad, o clases de obras, o a sujetos beneficiarios. Todo lo cual culminó con la declaración de la urgencia de todas las obras incluidas en el Programa de Inversiones Públicas (Ley Aprobatoria del Plan de Desarrollo Económico y Social de 28 de diciembre de 1963).

La invocación, pues, de la urgencia, y la consiguiente aplicación del procedimiento previsto como excepcional en el artículo 52 de la Ley vigente, en una carrera relámpago, puso fuera de combate y ha hecho prácticamente inaplicable el procedimiento ordinario. Y ello en el plazo récord de siete años, los que van desde que se aprobó la Ley en 1954 hasta que en 1963 se aprobó la Ley del Plan de Desarrollo Económico y Social. Por ello, cuando se aborda el estudio del procedimiento de urgencia se ha de hacer con el convencimiento, no de estudiar un procedimiento excepcional, sino el procedimiento ordinario y normal de la expropiación forzosa en nuestro país. Paradójicamente, el procedimiento ordinario es realmente ahora el procedimiento excepcional.

En definitiva, todos los vicios procedimentales del modelo de la expropiación francesa degenerada se recibieron aquí con la Ley de 1954, destacando la escandalosa colonización del procedimiento ordinario en beneficio del procedimiento de urgencia y, sobre todo, la marginación definitiva del juez civil a quien se sustituye por el Jurado de Expropiación, que nacido en Francia hacía un siglo, había perdido allí toda credibilidad, como demuestra la aludida reforma del General De Gaulle de 1958 que retorna al modelo judicial. Importamos, pues, un modelo expropiatorio ya deshauciado en el vecino país (20).

(19) «La utilización del procedimiento de urgencia podrá atemperarse a su carácter excepcional, lo que no ocurre en la actualidad, ya que por las razones que han quedado expuestas de desajuste de nuestra legislación a los problemas del día se ha visto forzada la Administración a la utilización frecuente de dicha ley.»

(20) No obstante, se introdujeron algunos progresos que reflejaban la evolución expansiva de la expropiación forzosa y que afectaban al concepto de la misma, a las causas —admitiendo al lado de la tradicional causa de la utilidad pública la utilidad social— y a los sujetos beneficiarios —aceptando como supuesto general que la expropiación pueda ejercitarse en favor de sujetos distintos de las Administraciones públicas— y se establecieron normas reguladoras del justiprecio, inexistentes en leyes anteriores. Asimismo, se aprovechó la oportunidad para incluir en el texto legal determinados supuestos especiales de expropiación contemplados o regulados en

Por su parte, la Constitución de 1978, siguiendo la tradición de las anteriores, volvió a referirse a la expropiación con motivo de la afirmación y defensa de la propiedad, pero, a diferencia de la Constitución de 1869 —que impuso claramente un procedimiento judicial no permitiendo la ablación de la propiedad sin intervención del juez—, el artículo 33.3 de la actual se muestra indiferente ante el modelo procedimental de la expropiación, puesto que no la define como institución administrativa ni judicial, sino que simplemente consagra el principio de garantía patrimonial de la propiedad («Nadie —dice dicho precepto— podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»), indiferencia, que, a la vista de la evolución seguida por la institución, y unida a la exclusión de la propiedad de las garantías formales del amparo constitucional, es toda una toma de posición muy significativa frente a una eventual judicialización del instituto expropiatorio.

En conclusión, pues, con el desplazamiento del juez ordinario, de un lado, y la postergación del justiprecio y pago a un trámite posterior a la ocupación de los bienes, se ha llegado a una evidente desnaturalización del instituto expropiatorio originario, inicialmente estructurado sobre las bases de la intervención del juez civil y el rigor secuencial en la sucesión de las fases del procedimiento. Esta degeneración permite ahora afirmar que en el Derecho español la expropiación forzosa más que una técnica defensiva de la propiedad contra la desposesión está directamente al servicio de la potestad expropiatoria que, como las restantes potestades administrativas, se ejerce, de hecho, a través de la técnica de la decisión ejecutoria, que permite a la Administración alcanzar directamente su objetivo de apoderamiento de los bienes necesarios y resolver después, también unilateralmente, las reclamaciones y las indemnizaciones que puedan corresponder al expropiado bajo el control judicial.

Pero esto no es todo: el Estado cuando este control judicial resulte incómodo o perturbador puede eliminarlo instrumentalizando la des-

otras normas, a saber: expropiación por zonas o grupos de bienes, por incumplimiento de la función social de la propiedad, de bienes de valor artístico-histórico y arqueológico, por las entidades locales o por razón de un urbanismo, por traslado de poblaciones, por causa de colonización, en materia de propiedad industrial y por razones de defensa nacional (expropiaciones por razones militares y requisas). Por último, y en consonancia con el amplio concepto de expropiación forzosa de que parte la ley —que quiere ser una garantía patrimonial del administrado frente a cualquier perjuicio que le ocasione la actividad administrativa y no solamente por la privación de la propiedad en razón de las obras públicas—, se regulan las indemnizaciones por ocupación temporal y otros daños. De esta forma, se incorpora por primera vez a nuestro Derecho una regulación moderna, según los patrones de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento regular o irregular de los servicios públicos.

posesión de los bienes a través del poder legislativo mediante leyes singulares o de caso único, con lo cual el poder legislativo transmuta su inicial papel defensivo de la propiedad en un *bulldozer* capaz de arrasar la más mínima de las garantías.

III. DE LA LEY SINGULAR COMO GARANTIA DE LA PROPIEDAD A LA LEY SINGULAR COMO TECNICA DE ELIMINACION DE LA GARANTIA EXPROPIATORIA

Singularidad, en efecto, del procedimiento expropiatorio en su diseño inicial e ideal es también la intervención, además, obviamente, del ejecutivo y del poder judicial, del poder legislativo, el cual es llamado a concurrir, al unísono con aquél, en defensa de la propiedad y a controlar el ejercicio de la potestad expropiatoria por la Administración. Esa necesaria intervención del poder legislativo en defensa de la propiedad y justamente en el instituto expropiatorio se desprende ya en el mismo alumbramiento de esta institución del artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que expresa la exigencia de que la necesidad pública esté «legalmente constatada».

Pero, evidentemente, exigir la intervención puntual del legislador para la constatación de la utilidad pública cada vez que fuera necesaria una expropiación era exigir demasiado. Por ello, el legislador iba a ser, solamente, el principal definidor de la utilidad pública, exigencia que se entendía cumplida cuando lo declaraba una ley para las obras costeadas con fondos del Estado o cuando se incluían en planes generales o en leyes especiales. Para los demás casos, y sobre todo para las obras provinciales o municipales, el trámite de la utilidad pública se cumplía mediante un expediente que permitía dar publicidad al proyecto justificativo de la obra y resolver las reclamaciones presentadas.

En todo caso, es claro que ni en las formulaciones constitucionales sobre el instituto expropiatorio, ni en las leyes de expropiación de 1836, ni en las posteriores se contempla la hipótesis de una expropiación legislativa singular y directa en que la ley misma produjese el traspaso de la propiedad en favor de la Administración y determinase el justiprecio. Por el contrario, esa posibilidad aparece descartada por la Ley de Expropiación vigente de 1954, que, como las anteriores, reserva al legislador el protagonismo en la vanguardia defensiva de la propiedad mediante la articulación del trámite de declaración explícita o implícita de utilidad pública.

Justamente, la previsión del trámite de utilidad pública está evidenciando que el poder legislativo pretende autolimitarse y no ir más allá expropiando por sí mismo bienes determinados, prescindiendo de la

intervención de la Administración y del sistema de recursos judiciales (21). La exigencia de ley no ha sido nunca, pues, en la filosofía y mecánica de la legislación expropiatoria una dispensa del procedimiento, sino un obstáculo más, entre otros, de los trámites defensivos y protectores de la propiedad, pero de ninguna manera una fórmula abreviada y contundente para efectuar desposesión alguna, ni siquiera a título de sanción por los más graves delitos, como acreditan las reiteradas prohibiciones constitucionales de la confiscación de bienes.

En consecuencia, puede sostenerse que ni la Ley de Expropiación Forzosa vigente ni el artículo 33.3 de la Constitución admiten la expropiación legislativa singular y directa en que el efecto transmisivo se produzca *ex lege* sin intervención de la Administración, ni de los tribunales fiscalizando a ésta, al modo como se admite por la Ley Fundamental de Bonn que expresamente alude en su artículo 14 a la posibilidad de que la expropiación pueda ser efectuada «únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y la cuantía de la indemnización» (22).

Si, pues, nuestros constituyentes, tan conocedores del constitucionalismo comparado y de la Ley Fundamental de Bonn, en la que tanto se inspiraron, no recogieron la expropiación legislativa, sino que reprodujeron la fórmula tradicional en nuestras Constituciones sobre la garantía expropiatoria de la propiedad es, sencillamente, porque la rechazaron.

De otro lado, introdujeron dos obstáculos formidables frente a las expropiaciones legislativas singulares y directas, al consignar entre los

(21) En la regulación del trámite de declaración de utilidad pública la Ley de 1954 contempla la declaración de utilidad pública singular tanto de bienes inmuebles (art. 11) como de bienes muebles (art. 12), pero no dispensa ni mucho menos de los trámites posteriores.

(22) En relación con este precepto el Tribunal Constitucional Federal ha declarado que la expropiación legislativa, no obstante estar autorizada expresamente por la Constitución, sólo cabe en supuestos muy especiales debido a que produce un grave recorte en las garantías del ciudadano. Así, en la sentencia de 18 de diciembre de 1968, dictada en relación con una Ley de Hamburgo de 29 de abril de 1964 que regulaba la construcción de diques, el Tribunal afirma que el legislador no puede optar libremente entre una expropiación legislativa y una «expropiación administrativa», sino que sólo puede elegir la primera cuando concurren circunstancias especiales debido a que la llamada expropiación legislativa reduce decisivamente la protección jurídica que la Constitución considera esencial. «Si el legislador, en lugar de la expropiación mediante acto administrativo, elige la expropiación mediante ley, excluye los recursos jurídicos garantizados por el artículo 19.4 de la Ley Fundamental haciendo imposible el control judicial de si la expropiación es o no jurídicamente admisible.» Y más adelante concluye: «todas estas consideraciones conducen al resultado de que la expropiación realizada mediante una ley sólo puede ser considerada admisible, de acuerdo con la Ley fundamental, en casos estrictamente limitados». De otro lado, en la sentencia de 10 de marzo de 1977, dictada en relación asimismo con una Ley de Hamburgo cuya segunda parte establecía ciertas expropiaciones para realizar obras del metro, el Tribunal Constitucional reiteró la anterior doctrina y declaró inconstitucional esa parte de la ley porque «mezcla las funciones que al legislador y a la administración corresponde en esta materia, recorta las garantías judiciales y no deja espacio suficiente por la aplicación del principio de legalidad».

derechos fundamentales el derecho a la garantía judicial efectiva [art. 24 de la Constitución (23)], y en términos análogos a los consignados en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn (24) y del artículo 24 de la Constitución italiana (25), precepto en el que CARNE-LUTTI (26) se apoyó para descalificar *a radice* la posibilidad dentro de este orden constitucional de las expropiaciones en las que la ley privaba a los expropiados del derecho a recurrir.

Aún más, la Constitución española impone en el artículo 105.c) un procedimiento administrativo previo para cualquier lesión de derechos que viene a reforzar la exigencia del previo procedimiento establecido en el artículo 33.3.

Las expropiaciones legislativas singulares y directas, pues, en que el efecto traslativo de la propiedad se produce directamente *ex lege*, sin una intervención administrativa en que se actualicen y concreten con actos administrativos las diversas fases del procedimiento expropiatorio de forma que se permita alegar previamente frente a la expropiación pretendida y defenderse de ella una vez producida, son inconstitucionales, y tanto por defecto de competencia como porque se producen sin procedimiento, justamente a través de una vía de hecho, y, en último término, porque no permiten articular frente a ellas ningún mecanismo de defensa posterior (27).

En cuanto a la incompetencia del legislativo, en efecto, y por mucho que pueda escandalizar que se niegue a las Cortes o a los Parlamentos autonómicos una competencia, la expropiatoria directa, que está al alcance del más modesto de los municipios, ésa es, no obstante, la realidad jurídico-constitucional. Y eso no debe sorprender por la

(23) «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

(24) «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios.»

(25) «Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses.»

(26) «Il giudice a la *lex in fraudem legis*», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1952, pp. 9 y ss.

(27) Para comprender adecuadamente el razonamiento que sigue conviene insistir en la distinción entre *expropiaciones legislativas singulares*, que se refieren a propietarios o bienes determinados, pero que pueden articularse a través de una autorización legal al gobierno o cualquier Administración para que éste expropie siguiendo el procedimiento establecido, de las *expropiaciones legislativas singulares y directas*. Las primeras, en que la ley simplemente autoriza a la Administración para expropiar un determinado bien o derecho, y ésta se relaciona después con el expropiado dictando los correspondientes actos de aplicación, no presentan problemas desde el punto de vista de las garantías previas al efecto expropiatorio (determinación de la necesidad de ocupación, audiencias del interesado, etc.) que pueden perfectamente ser cubiertas por la Administración, ni en relación con las garantías posteriores al efecto expropiatorio (recursos judiciales contra los diversos actos administrativos que la expropiación comporta: declaración de utilidad pública de un determinado proyecto de obras u operación, necesidad de ocupación de bienes determinados justiprecio, transferencia de la propiedad).

sencilla razón de que el más humilde municipio tiene competencia para expropiar y las Cortes y aquellos Parlamentos la tienen únicamente para autorizar expropiaciones, pero no para llevarlas a cabo directamente. Como tampoco la tienen los órganos legislativos para imponer multas de tráfico o para revocar licencias de urbanismo o para imponer un apercibimiento a un funcionario, ni para aprobar una ordenanza municipal, todas ellas competencias administrativas; ni tampoco, obviamente, para ejercer competencias judiciales y resolver el más modesto de los pleitos o imponer la más liviana de las penas. La Constitución ha tasado las competencias de las Cortes y de los Parlamentos autonómicos a los supuestos de elaboración de normas generales, al control del gobierno y de la Administración y a efectuar determinados nombramientos de altos cargos (Defensor del Pueblo, miembros del Consejo General del Poder Judicial, etc.) y, por consiguiente, ni aquellas ni esos Parlamentos de las Comunidades Autónomas pueden salirse de sus papeles sin infringir la propia Constitución.

Además, la aprobación de leyes singulares y directas limitadoras de los derechos de los ciudadanos o sancionadoras encuentra, más allá de la definición estricta de las competencias, un límite infranqueable en el régimen jurídico propio de los actos con valor de ley, régimen que supone un procedimiento, el legislativo, en el que no es posible otorgar un inexcusable trámite defensivo al ciudadano afectado por cualquier limitación de derechos, como el trámite, establecido por la propia Constitución en el artículo 105, del mínimo derecho de audiencia que conlleva toda actuación administrativa limitadora de derechos.

La Constitución impone, en efecto el procedimiento previo frente a los actos administrativos de limitación de derechos o sancionadores en el artículo 105; garantiza, cuando menos, un mínimo derecho de audiencia («la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia de los interesados»). Y actos administrativos a nuestro entender son a estos efectos aquellos actos de las Cortes o de cualesquiera poderes públicos que producen un efecto expropiatorio directo, imponen una sanción o limitan de cualquier otra forma los derechos privados de los ciudadanos.

En estos casos, evidentemente, esa mínima audiencia previa es una exigencia básica, indispensable, pues como ha proclamado el Tribunal Supremo, en una jurisprudencia que por conocida y reiterada excusa la cita de sentencia alguna, constituye un derecho elemental, esencial y hasta sagrado, porque un eterno principio de justicia exige que nadie pueda ser condenado sin ser oído (28). Pero es más: en materia ex-

(28) Los ingleses dicen de este principio que se integra en la *natural justice* desde que Dios lo estableció en el paraíso al preguntar a Adán antes de expulsarle de él las razones por las que desobedeció al mandato divino de no comer la manzana prohibida.

propiatoria el artículo 33.3 de la Constitución impone además un específico procedimiento, el regulado en las leyes de expropiación, del que no dispensa a ningún poder público (29).

La expropiación legislativa singular y directa es inadmisibles en tercer lugar porque, además de la incompetencia de las Cortes para acordarla y por constituir en sí misma un típico supuesto de vía de hecho, al producirse en los términos de indiscutibilidad e irresistibilidad propios de los actos legislativos impide toda defensa judicial frontal, burlando así la garantía judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 de la Constitución. Toda posibilidad de enjuiciamiento queda, pues, al albur de que un juez plantee frente a esa ley una cuestión de inconstitucionalidad, como ocurrió en el caso contemplado en la sentencia número 166/1986, de 19 de diciembre, en el asunto Rumasa, en que el juez de primera instancia número 18 de Madrid, con buen juicio, argumentó (en resumen de la sentencia) que «la categoría de ley formal que tienen los preceptos cuestionados, no susceptibles de control jurisdiccional por el principio de sometimiento de los Tribunales y los jueces al imperio de la ley, impide a los expropiados recabar la tutela judicial de su derecho de propiedad frente a la expropiación y necesidad de ocupación, dejándolos indefensos, con vulneración del artículo 24.1 de la Constitución española».

En esta sentencia —y aunque el juez, como se acaba de ver, sólo plantea la cuestión de inconstitucionalidad por supuesta violación del derecho a la garantía judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución—, el Tribunal Constitucional se plantea en primer lugar la constitucionalidad de las leyes singulares de expropiación, así como el cumplimiento por la ley singular de los requisitos establecidos en el artículo 33.3 de la Constitución. Para ambas cuestiones tiene el Tribunal, y frente a la postura negativa que ha quedado defendida líneas atrás, una respuesta afirmativa.

Pero el planteamiento que hace el Tribunal Constitucional de esta cuestión es *ab initio* inadecuado y fraudulento por serlo en términos vagos, generales o incorrectos, pues no es lo mismo plantear la constitucionalidad de una ley singular beneficiosa, que, por ejemplo, reconoce una pensión a un benefactor de la patria o a un heroico servidor del orden público (30), que una desfavorable limitadora de derechos

(29) De donde resulta que el derecho de audiencia que reconoce el artículo 105 de la Constitución sería al menos un procedimiento mínimo de reserva. Por ello las expropiaciones legislativas, singulares y directas, en cuanto producen el efecto expropiatorio *ope legis*, es decir, *simpliciter e de plano* sin estrépito de juicio en cuanto desconocen, no sólo violan el sistema de distribución de competencias y poderes que la Constitución establece entre el poder legislativo y el ejecutivo, sino que al tiempo comportan una vía de hecho por falta de procedimiento.

(30) La constitucionalidad de las leyes singulares ampliadoras de derechos puede ser enjuiciada desde la presunta violación del principio de igualdad, pero no obviamente como las li-

o que impone sanciones o penas, y no es lo mismo tampoco una ley singular que habilita al gobierno para realizar alguna de esas operaciones limitadoras o sancionadoras que una ley que produce por sí misma, *ope legis*, esos efectos. Y, como queda dicho, y a los efectos de la cuestión planteada por el juez, sólo la constitucionalidad de la ley limitadora o sancionadora y de efecto directo era la cuestión relevante a los efectos de la burla del derecho a la garantía judicial efectiva (31).

Pues bien, hurtando al razonamiento estas elementales distinciones, el Tribunal Constitucional comienza por reconocer que las leyes, en principio, tienen una vocación de generalidad que viene protegida en nuestra Ley fundamental por el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 14, así como que su contenido es función ejecutiva, constituyendo su dictado una intervención del legislador en el ámbito del poder gobernante y administrador.

Pero como de ambas reglas tiene al parecer culpa el principio de división de poderes, se trata inmediatamente de desvirtuarlo, para lo que el Tribunal establece *ad hoc* su particular teoría afirmando que «la evolución histórica del sistema de división de poderes ha conducido a una flexibilización», lo que le permite sostener a seguidas «la existencia de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones», reconociendo, en definitiva, la licitud de que el legislador adopte «decisiones singulares cuando así lo requieren situaciones singulares al igual que es lícito a la Administración completar la función normativa de aquél mediante el ejercicio de su poder reglamentario».

En conclusión, el Tribunal afirma que «a pesar de que no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa a las Cortes Generales —art. 66.2— y la ejecutiva al gobierno —art. 97— y, por tanto, esta separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro, a pesar de esto, y de la misma forma que el gobierno puede dictar a título excepcional decretos-leyes —art. 97— en supuestos de “extraordinaria y urgente ne-

mitadoras de derechos o sancionadoras que lo pueden ser también, como se dice en el texto, por su presunta violación del artículo 24.

(31) En el voto particular que formulan a la sentencia los Magistrados Rubio Llorente y Truyol Serra se advierte, aunque con diversa terminología de la que aquí utilizamos, ese defectuoso planteamiento: «Lo que sucede —dicen— es que resulta incorrecto identificar, como hace la mayoría, ley singular con ley de caso único y generalidad con abstracción. Ni toda ley singular ha de ser como la Ley 7/1983, ley de caso único, ni toda ley singular expropiatoria ha de definir la *causa expropriandi* como hace dicha Ley, no en los términos abstractos, sino en los concretos por referencia inmediatas a la titularidad de los bienes que se trata de expropiar y sin asegurar a la expropiación un fin trascendente al hecho mismo de la privación de propiedad. Son estas características concretas de la Ley 1/1983, que en la sentencia no se analizan, las que hacen posible que los actos de aplicación de esta decisión concreta en la forma de ley escapen a la posibilidad de tutela judicial efectiva y las que, en consecuencia, la vician de inconstitucionalidad».

cesidad”, la adopción de leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que por su extraordinaria trascendencia y complejidad no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada a una situación singular».

En definitiva, el Tribunal Constitucional en base a la flexibilidad y fungibilidad del principio de división de poderes ha alumbrado de una nueva categoría de actos administrativos que bien podrían bautizarse de «leyes-decretos», pues si se habla de decretos-leyes para significar a las normas con valor de ley pero de origen gubernamental, las «leyes-decretos» servirían de ahora en adelante para denominar estas actuaciones singulares en que las Cortes Generales llevan a cabo actos administrativos en supuestos de «extraordinaria y urgente necesidad», supuestos además en que se manifieste, imaginamos, la previa impotencia del gobierno.

Pero, en nuestra opinión, este extraordinario hallazgo de la figura de la «ley-decreto» es inconstitucional e innecesario: inconstitucional, en primer lugar, por falta de reconocimiento explícito en la Constitución, de la misma forma que lo tienen los decretos-leyes, sin que sea lícito recurrir a la analogía para alterar el reparto de funciones y competencias que la Constitución establece, y, en todo caso, es innecesario, pues para dar respuesta a esos «supuestos de extraordinaria y urgente necesidad» la Constitución ha previsto precisamente el decreto-ley, no siendo la «ley-decreto» otra cosa que el mismo calcetín pero vuelto al revés.

En efecto, ni un solo caso podría citar el alto Tribunal en que un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad no pueda afrontarse con un decreto-ley, como efectivamente se hizo en el mismo asunto Rumasa con el Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, siendo la ley enjuiciada en esta sentencia una simple cobertura dictada *a posteriori* ante la eventual inconstitucionalidad de aquel Decreto-ley. Esto significa que la ley expropiatoria singular, esta Ley-decreto Rumasa no era más que una construcción *ad hoc*, un mecanismo de reserva para salvar un decreto-ley presuntamente inconstitucional, y, por ende, un evidente fraude a la regulación constitucional de la figura de los decretos-leyes.

La justificación de estas «leyes-decretos» en función de haberse producido «una evolución histórica que ha conducido a una flexibilización del principio de división de poderes» resulta en todo caso una manipulación de la realidad histórica y política. Así, de una parte, la evolución de las relaciones entre los poderes públicos, y por una exigencia cada vez mayor de clarificación a que ha obligado la evolución del Estado de Derecho, se ha caracterizado por caminar hacia una ma-

yor precisión y rigidez en la definición de las competencias de los poderes públicos, definición que ahora, y no antes, está judicialmente garantizada por el sistema de conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional. De otro lado, más que una ampliación de competencias administrativas o ejecutivas de los Parlamentos, bien parece haberse producido el fenómeno inverso de permisión al ejecutivo del ejercicio de competencias legislativa, como acreditan las leyes de plenos poderes, los decretos-leyes y los reglamentos independientes de la Constitución francesa de 1958; pero en ningún caso esa evolución ha ido en sistema constitucional moderno alguno por el sendero de reconocer a los Parlamentos competencias ejecutivas salvíficas en casos excepcionales y urgentes ante la supuesta impotencia del poder ejecutivo, lo que no tiene sentido alguno en un sistema parlamentario, como el nuestro, de predominio político del gobierno, en cuyas manos está la competencia para dictar decretos-leyes.

Tampoco es posible justificar la «ley-decreto» en que esta figura vendría a ser una compensación de la posibilidad por el gobierno de dictar normas generales mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria. Por el contrario, aquí no cabe compensación alguna dado que esa potestad tiene una justificación explícita, precisa e incondicionada en las propias leyes que autorizan su ejercicio con carácter general, según lo dispuesto en el artículo 97 de la propia Constitución: «El gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». Por ello, insinuar siquiera, sin apoyo en precepto alguno de la Constitución, como hace el Tribunal Constitucional, que la función ejecutiva y la potestad reglamentaria del gobierno necesitan y pueden ser complementadas con leyes singulares, con «leyes-decretos», es una osadía hermenéutica y otra forma de desconocer toda la filosofía, regulación y funcionalidad política y administrativa de los decretos-leyes, que justamente están para cubrir con medidas de efecto legislativo cualquier supuesto excepcional y urgente.

La perversión argumental de que hace gala esta sentencia llega todavía más lejos, pues intenta convencer no sólo de que una ley singular expropiatoria, y, por consiguiente, de efecto directo sobre los bienes expropiados que pasan directamente a la Administración, comporta el respeto a un procedimiento administrativo previo, sino, además, que contra dicha ley expropiatoria es posible articular una tutela judicial efectiva.

Sobre el procedimiento previo, en efecto, y después de reconocer que éste «se establece en beneficio de los ciudadanos estableciendo el respeto y sumisión a normas generales de procedimiento legalmente preestablecidas, cuya observancia impida expropiaciones discriminatorias o arbitrarias», el Tribunal Constitucional hace diversas afirmaciones de las que se desprende que el Tribunal confunde el procedimien-

to administrativo previo al efecto expropiativo, que es en todo caso el previsto en el artículo 33.3 de la Constitución, con el eventual procedimiento que, *a posteriori* del traspaso de la propiedad y de la desposesión de los bienes por efecto fulminante de la ley singular de expropiación, pudiera ésta arbitrar para valorar los bienes expropiados (32).

IV. LA REDUCCION DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A UN MEDIEVAL DERECHO DE PETICION

Al fin, después de tantos prolegómenos, el Tribunal Constitucional aborda en la sentencia que venimos comentando la cuestión planteada por el juez de primera instancia sobre la presunta violación por la Ley Expropiatoria de Rumasa del derecho a la garantía judicial efectiva frente a los trámites de declaración de utilidad pública y de necesidad de ocupación.

(32) En efecto, el Tribunal afirma que «esa aplicación del principio de legalidad en materia de expropiación forzosa va dirigida principalmente frente a la Administración, y en razón de ello, puede sostenerse que las leyes formales, incluidas las singulares, cubren por sí mismas esa garantía cualquiera que sea el procedimiento que establezcan, al cual, obviamente, tendrá que ajustarse la Administración». Pero, al parecer, las cosas no son tan sencillas, pues a continuación niega de nuevo que pueda prescindirse del procedimiento «en relación con leyes singulares de expropiación, pues su naturaleza excepcional y singular no autoriza al legislador a prescindir de la garantía del procedimiento expropiatorio establecido en las leyes generales de expropiación al cual deben igualmente someterse» para matizar a seguidas, en sentido contrario, que «ello no es obstáculo para que la propia singularidad del supuesto de hecho que legitima la expropiación legislativa autorice al legislador para introducir en el procedimiento las modificaciones que exija dicha singularidad excepcional, siempre que se inserten como especialidades razonables que no dispensen de la observancia de las demás normas de los procedimientos contenidos en la legislación general».

La sentencia parece confundir también las normas de procedimiento que, después de producido el efecto traslativo de la propiedad y la posesión por la ley singular, pueda establecer ésta para valorar los bienes expropiados con las expropiaciones especiales en que, efectivamente, se modula el procedimiento general de expropiación forzosa y de las que hay múltiples ejemplos en la propia Ley de Expropiación de 1964 (expropiación por zonas o grupos de bienes, por incumplimiento de la función social de la propiedad, de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico, de la expropiación que dé lugar al traslado de poblaciones, por causa de colonización, en materia de propiedad industrial, etc.), o en leyes especiales, como las expropiaciones urbanísticas reguladas en la Ley del Suelo, con el supuesto, que es el del caso Rumasa, en que el efecto expropiatorio, la pérdida tanto de la propiedad, como de la posesión, se produce directamente por efecto de la ley y por ello, y por definición, sin seguir ningún tipo de procedimiento administrativo, sin ni siquiera otorgar al expropiado ese elemental trámite de audiencia y defensa previo, que la mejor jurisprudencia del Tribunal Supremo ha calificado, como dijimos, de trámite esencial y hasta sagrado por que un elemental principio de justicia exige que nadie sea condenado sin ser oído. Dicho principio parece formulado en términos inigualables por Enrique II de Castilla en Toro, en el año de 1731: «Que ningún alcalde, ni juez, ni persona privada sea osado de despojar de su posesión a persona alguna, sin primeramente ser llamado y oído y vencido por derecho, y si pareciere carta nuestra, por la que demandáramos dar la posesión que uno tenga a otro, y la tal carta fuera sin audiencia, que sea obedescida y no cumplida» (Ley II, título XXXIV del libro XI de la Novísima Recopilación).

A juicio del Tribunal, no existe privación del derecho de recurso frente a la declaración de utilidad pública o interés social hecha por la Ley 7/1983, «pues la situación de los expropiados por ella es exactamente la misma que la de todo expropiado, que carece de acción judicial para combatir las declaraciones legales de utilidad pública o interés social, y ello en virtud del sistema de protección de los derechos de los ciudadanos en el cual no existe tutela judicial frente a las leyes, únicamente residenciables ante este Tribunal Constitucional».

Aunque pueda ser así en algunos casos (33), la afirmación del Tribunal de que ningún expropiado puede discutir la declaración de utilidad pública está en contradicción con la regulación general de este requisito en la vigente Ley de Expropiación, cuyo artículo 10 remite a la ley únicamente la declaración genérica de la utilidad pública pero reservando su «reconocimiento caso por caso al Consejo de Ministros». Estos reconocimientos por el gobierno de la utilidad pública son ahora recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de la misma forma que pueden recurrirse por esta vía las declaraciones implícitas de utilidad pública con ocasión de la impugnación de los planes de obras y servicios del Estado, provincia o municipio (34).

De todas formas, el Tribunal consuela de la falta de tutela judicial efectiva afirmando «que la falta de recursos directos no quiere decir que los expropiados queden indefensos frente a la *causa expropriandi* declarada en una ley singular, pues estando ésta sometida al principio de igualdad, los expropiados que consideren que la privación singular de sus bienes o derechos carece de base razonable o es desproporcionada podrán, ante la ocupación material de los mismos, alegar ante los jueces y tribunales la vulneración de su derecho a la igualdad, y en el procedimiento correspondiente solicitar del órgano judicial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de dicho derecho fundamental, lo cual dará lugar o bien a que se eleve la cuestión al Tribunal Constitucional o bien a una resolución judicial denegatoria motivada, otorgándose así contenido al derecho a la tutela judicial frente a la Ley cuestionada; asimismo podrán interponer el correspondiente recurso de amparo a través del cual este Tribunal tendrá ocasión de enjuiciar la inconstitucionalidad de la expropiación singular, si a ello hubiera lugar».

Mucho más difícil resultaba justificar la falta de recurso judicial contra la necesidad de ocupación de los bienes singulares relacionados en una «ley-decreto» expropiatoria, pues el Tribunal Constitucional

(33) Arts. 11 y 12 de la Ley de Expropiación Forzosa.

(34) Hoy, pues, la regla generales que las leyes sectoriales administrativas declaren la utilidad pública de determinadas finalidades, pero remitiéndose la declaración de utilidad pública del proyecto de obras u operación a resoluciones administrativas del Estado, Comunidades Autónomas, provincias o municipios, todas ellas impugnables por vía contencioso-administrativa.

no puede por menos de reconocer que aquí sí «se produce una innegable limitación de la tutela judicial en cuanto que los expropiados por Ley singular en la que se determinen los bienes y derechos a expropiar se ven privados de la acción judicial que tendrían en el supuesto de que la necesidad de ocupación fuese declarada por acto administrativo», pero, sorprendentemente, salva la cuestión remitiendo a los expropiados al mismo consuelo sucedáneo de la petición ante los jueces y del presunto recurso de amparo.

Es evidente, sin embargo, en contra de lo que afirma el Tribunal Constitucional, que este paquete racional, sucedáneo del derecho a la tutela judicial efectiva, integrado por un derecho de petición a un juez para que plantee la cuestión de inconstitucionalidad y el ofrecimiento de un inexistente recurso de amparo frente a una «ley-decreto» es, sin duda, otro fraude argumental, como demuestran en su voto particular los magistrados discrepantes de la mayoría:

«Para demostrar —dicen los Magistrados Rubio Llorente y Truyol Serra— lo insostenible de esta tesis basta con recordar que en nuestro Derecho, ni la jurisdicción constitucional forma parte del poder judicial, ni cabe recurso de amparo frente a las leyes, ni puede reducirse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a la posibilidad de pedir a un Juez o Tribunal que plantee ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, en términos abstractos basada en las dudas que albergue el órgano proponente y sin que exista siquiera la posibilidad de que el autor de la petición (titular del derecho) comparezca ante nosotros en defensa de su tesis. Si la salvaguardia del derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución sólo fuera posible en el caso de expropiación legislativa por las razones que ofrece la mayoría, sería necesario concluir que toda ley singular de expropiación lo viola y que, por consiguiente, no cabe en nuestro Derecho esta forma de expropiación.»

V. LA ELIMINACION DE LA REGLA DEL PREVIO PAGO

Desde la Ley napoleónica de 1810 se venía insistiendo en el carácter de presupuesto o requisito previo del justiprecio o indemnización expropiatoria, lo que se expresaba en la regla del previo pago y se reforzaba, como se ha visto, en la regulación basada en la intervención del juez civil para su determinación y decreto de la transferencia de propiedad.

La regla del previo pago todavía luce en el artículo 349 del Código Civil («previa siempre la correspondiente indemnización») y en el ar-

título 124 de la Ley de Expropiación («previa la correspondiente indemnización»).

No obstante, hay que recordar de nuevo que la regla del previo pago ha sufrido, como otras garantías de la expropiación, un proceso degenerativo que había llevado a su práctica desaparición. Ese proceso ha sido originado, como se ha visto, por la generalización del procedimiento de urgencia en que no opera en su integridad la regla del previo pago y por la inclusión en el concepto de expropiación de nuevas figuras en las que, como se verá, dicha regla no tiene sentido, como las requisas (expropiaciones en estado de necesidad), las ocupaciones temporales y, por supuesto, las expropiaciones legislativas, como la llevada a efecto sobre el *holding* Rumasa por la Ley 7/1983, de 29 de junio.

Siendo la situación anterior a la Constitución la práctica eliminación de la regla del previo pago, y actuando ya el justiprecio generalizadamente como una indemnización *a posteriori* por el daño ocasionado por la privación de la cosa o del derecho, parece lógico interpretar el artículo 33.3 de aquella, que ha sustituido la expresión tradicional de previo pago por la de «mediante la correspondiente indemnización», como una configuración del justiprecio simplemente indemnizatoria, sin carácter previo. En otras palabras, esa expresión parece ser más un reflejo, una descripción consentida de la realidad existente cuando se dicta la Constitución, que una rectificación, por otra parte muy necesaria, de la situación preconstitucional.

Frente a esta interpretación, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (35) sostienen que el justiprecio es presupuesto o requisito de la ocupación de los bienes expropiados, afirmando que de la Constitución se desprende la regla del previo pago por las siguientes razones:

1. La expresión mediante, equivale a «por medio de», esto es, utilizando el camino intermedio de la indemnización para llegar al efecto final de la privación en que la expropiación consiste, de modo que, aunque con menor expresividad, viene a coincidir en su sentido literal con el concepto de «previo pago».

2. En el propio artículo 33 está claro que la causa de utilidad pública o interés social determina la privación de los bienes o derechos, pero no, en modo alguno, una afirmación adicional al beneficiario de la expropiación consistente en un crédito para abonar el importe de esa privación en cualquier tiempo.

3. Si el beneficiario es la Administración y carece de numerario, lo correcto será que se lo busque previamente, a través del presupuesto (...) pero ninguna cobertura constitucional tiende a intentar suplir

(35) *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1981, p. 251.

esa deficiencia de fondos generales con la imposición de un crédito forzoso a las personas singulares de los expropiados, crédito forzoso que, en la medida que supone una prestación patrimonial obligatoria, exigiría ella misma otra ley específica que la autorizase (art. 131.3).

4. En términos de ortodoxia económica elemental, esas fórmulas de privilegiar a la Administración o a las empresas beneficiarias mediante la atribución de cargas adicionales económicas a los expropiados atentan claramente contra el principio de la transparencia del mercado (...). Lo correcto es que la Administración se financie con impuestos y que sus empresas o las empresas privadas lo hagan con los recursos del mercado en los dos casos operando sobre costos reales y no tergiversados o falseados.

En contraste con esta densa argumentación, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, a que nos venimos refiriendo, despacha esta muy grave cuestión en términos simplistas y en línea con la posición antigarantista de toda la sentencia, afirmando la innecesariedad del previo pago, elevando para ello a argumento constitucional la solución vigente en la legislación ordinaria para supuestos marginales de expropiación: «El artículo 33.3 de la Constitución —dice el Tribunal— no exige el previo pago de la indemnización y esto, unido, a la garantía de que la expropiación se realice de conformidad a las leyes, hace que dicho artículo consienta tanto la regla del previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo por tanto inconstitucional la Ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio. En esta clase de expropiaciones, de las cuales son prototipo las llamadas urgentes, el momento en que se produce el efecto traslativo de la propiedad o titularidad de los bienes y derechos expropiados no depende del previo pago de la indemnización, careciendo, por tanto, de relevancia constitucional el momento que se opere dicha transmisión de propiedades, y, en consecuencia, que ésta se produzca de manera inmediata en el mismo momento en que se acuerda la expropiación.»

Todavía hay que señalar una posibilidad más de marginación del procedimiento expropiatorio alumbrada por la legislación urbanística, cual es la ocupación directa, en que la privación de la propiedad y la indemnización discurre por los cauces de la permuta (36).

(36) Dentro de las actuaciones asistemáticas en suelo urbano, la Ley 8/1990 contempla la obtención de terrenos dotacionales por medio de lo que llama la *ocupación directa*, lo que se refiere tanto a los sistemas generales como a las dotaciones públicas de carácter local.

La *ocupación directa* a que se refiere la Ley 8/1990 es de una variante expropiatoria mediante la cual la Administración se apropie directamente de los terrenos que necesita compensando a su titular del aprovechamiento urbanístico que le corresponde sobre otros terrenos en que dicho aprovechamiento está disponible. Es, pues, una permuta forzosa de aprovechamientos y, por ello, debe ir precedida de la «determinación de los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de adquisición por el titular del terreno a ocupar y de la unidad de ejecución en la que, por ex-

V. LA INUTILIDAD DE LA PROTECCION INTERDICTAL CIVIL Y LA INSUFICIENCIA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS EXPROPIACIONES IRREGULARES

Por mimetismo del Derecho francés se admitió entre nosotros la posibilidad de reaccionar frente a las expropiaciones irregulares en corto y por Derecho civil, o sea, por la vía interdictal, vía defensiva que se justificaba, paradójicamente, en una serie de prohibiciones de ese arbitrio procesal, que muestran el terror histórico de la Administración a los jueces de primera instancia, prohibiciones que todavía perduran hoy, ya en forma solemne y del máximo nivel normativo en el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo: «No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.» Pero de esta prohibición, siguiendo el camino francés de los reactivos judiciales frente a la *voie de fait*, se extrajo en nuestro Derecho la consecuencia positiva de la posibilidad de la vía interdictal contra las actuaciones de la Administración en que ésta obraba fuera de sus competencias y de los procedimientos legalmente establecidos.

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 dio todavía una mayor confianza a la vía interdictal y animó a su ejercicio invirtiendo los términos de su admisión con una redacción más afirmativa: «siempre que, sin haberse cumplido los trámites sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación, pago o depósito, según proceda, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, *el interesado podrá utilizar, además de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar para que los jueces le amparen o, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida*» (art. 125).

Pero, como ya advertimos (37), la pretendida protección interdictal era, y es, más una apariencia que una realidad «ya que la Adminis-

deder su aprovechamiento real de apropiable por el conjunto de los propietarios inicialmente incluidos en la misma hayan de hacerse efectivos tales aprovechamientos» (art. 59.1).

La aplicación de esta modalidad de obtención de terrenos dotacionales deberá ajustarse al procedimiento, similar al procedimiento de urgencia expropiatoria, que se determine en la legislación urbanística con respeto, en todo caso, de las siguientes reglas:

a) Se publicará la relación de los terrenos afectados, aprovechamientos urbanísticos correspondientes a cada uno de éstos y unidad o unidades de ejecución donde habrán de hacerse efectivos sus derechos y se notificará a los propietarios afectados la ocupación prevista y demás circunstancias.

b) La ocupación sólo podrá llevarse a cabo transcurrido el plazo de un mes (art. 59).

(37) «Informe sobre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa en el Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia», recientemente transcrito en PARADA VÁZQUEZ, *La Administración y los Jueces*, Editorial Jurídica Venezolana Marcial Pons, 1988.

tración goza de privilegios en todo proceso civil que aplicados al interdicto echan por tierra su carácter de proceso rápido y sumario». En primer lugar —decíamos y recordamos aquí— la exigencia de la reclamación previa a la vía civil, que el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo no excluyó en este caso, como parecería lógico, pensando que el proceso interdictal está exento del trámite de la conciliación previa. Con la exigencia de este trámite la Administración puede retrasar el proceso durante tres meses, plazo de silencio previsto en el artículo 141 de la citada Ley de Procedimiento. Un nuevo retraso de tres meses, y ya son seis, puede procurarlo el Abogado del Estado usando de su privilegio de suspender el proceso interdictal para consulta a la Dirección General de lo Contencioso, según estaba previsto en el Reglamento de aquel cuerpo de funcionarios. Por último, una paralización todavía superior puede sobrevenir si la Administración plantea al juez una cuestión de competencia al amparo y con los efectos suspensivos previstos en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948 (38).

Muy recientemente, LÓPEZ MENUDO (39), en un excelente y laborioso trabajo de análisis de la jurisprudencia de los Juzgados y Audiencias ante las que se tramitan los procesos interdictales contra la Administración, ha venido a confirmar, por otras causas, esta presentida inoperancia de la vía interdictal civil para la defensa de los titulares de derechos reales contra las desposesiones irregulares.

Pero reducida la protección judicial frente a la expropiación, a la que presta la jurisdicción contencioso-administrativa, se opera en ésta, inevitablemente, una nueva reducción de los términos en que es posible plantear el conflicto con la Administración, que se concreta, prácticamente, en la discusión de los justiprecios acordados por el Jurado de Expropiación y en solicitar su incremento. Cualquier otra pretensión legítima, como puede ser la de nulidad de actuaciones y la devolución de los bienes expropiados, es de hecho inoperante, por muchos vicios de nulidad que puedan denunciarse frente a la actuación administrativa, pues a esas pretensiones maximalistas se opone, ordinariamente, la infranqueable barrera del principio no escrito de indestructibilidad de las obras públicas que se asientan sobre las propiedades que han sido objeto de la desposesión.

Incluso esa mermada garantía de reducir la pretensión procesal a la discusión del montante de las indemnizaciones en los procesos contencioso-administrativos se ha convertido en un problema, dada la larga duración de aquéllos, cuyo final, incluso feliz, puede convertirse en

(38) En la actualidad artículo 11 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de 18 de mayo de 1987.

(39) *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, 1988.

un largo calvario para el expropiado, cuando se trata de hacer efectivas frente a la Administración las diferencias entre los justiprecios adelantados por ésta y los fijados definitivamente en vía judicial. La debilidad del actual sistema de ejecución de sentencias contra la Administración, máxime las de condenas pecuniarias, supone, en muchos casos, una burla de la misma protección jurisdiccional contencioso-administrativa que afecta de forma especial a la garantía patrimonial de los administrados (40).

VII. LA ULTIMA CRISIS. LOS JUSTIPRECIOS LEGALMENTE TASADOS

El tercer elemento o requisito de la expropiación forzosa es el tradicionalmente llamado «justiprecio» que constituye la indemnización económica compensatoria de la pérdida de la cosa o derecho expropiado.

Nuestra primera Ley de Expropiación Forzosa, la de 1836, refiriéndose a la compensación económica que debe recibir el expropiado por la privación que la expropiación comporta, utilizaba indistintamente las expresiones «justiprecio de lo que haya de cederse o enajenarse» y «precio de indemnización». Por su parte, la Ley vigente habla del «justo precio» y el artículo 33.3 de la Constitución de la «correspondiente indemnización».

En el Derecho francés, el concepto manejado desde el mismo artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es el de la «justa y previa indemnización». Para su determinación se parte del valor venal, entendido por tal el precio que el expropiado hubiera recibido en una compraventa por el bien o derecho expropiado. Sin embargo, como el expropiado sufre también una agresión, una suerte de siniestro inesperado en su vida, se entiende que debe ser tratado, además de como vendedor forzoso, como un perjudicado al que se priva de «un valor de utilización». De aquí la tendencia actual a buscar una selección más personalizada con el llamado «valor de sustitución», que es la cantidad de dinero que es necesaria para situar al expropiado en la misma condición económica que se encontraba con anterioridad a la expropiación.

En el Derecho italiano se viene utilizando desde la Ley de Expropiación de 1865 el concepto de *giusto prezzo* entendido por tal el valor venal o de mercado de los bienes, el «que avrebbe avuto l'immobile in una libera costratazione de compravendita»; en el caso de una ex-

(40) Sobre las dificultades que supone la ejecución de sentencias contra la Administración ver los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA y otros autores recogidos en el núm 109 de *Documentación Administrativa*, 1987.

propiación parcial justo precio es el de la «differenza tra el giusto prezzo che avrebbe avuto l'immobile avanti l'occupazione ed il giusto prezzo che potrà avere la residua parte dopo l'occupazione».

La Ley de Expropiación de 1954 no establece un criterio claro y único para la determinación del justiprecio. En todo caso, la Ley no fija la simple valoración fiscal de los bienes porque ello supondría —según dice la exposición de motivos de la Ley— volver la espalda a realidades económicas elementales, pues la estimación fiscal no es «una declaración administrativa de valoración eficaz, sólo en la relación fiscal, sino en toda relación con la Administración en que el valor de un bien puede jugar algún papel; por ello esa estimación debe servir como uno de los elementos que concurran a la determinación del justo precio, pero no ser el criterio, de suyo y exclusivamente determinante». La desconfianza en los valores fiscales se traduce en definitiva en la necesidad —sigue diciendo la exposición de motivos— de «ponderar las valoraciones fiscales con las de mercado y para casos excepcionales dejar abierta la posibilidad de apreciación de circunstancias específicas que, de no tenerse en cuenta, provocarían una tasación por completo irrazonable». Por su parte, el Tribunal Supremo considera la valoración fiscal de los bienes o derechos como un dato más a tener en cuenta, al que en todo caso otorga el significado de cuantía mínima y que nunca puede ser inferior el justiprecio (sentencias de 14, 22 y 28 de octubre y 16 de diciembre de 1986).

Esta ausencia de un *criterium* preciso explica las reglas especiales de la Ley de Expropiación sobre determinación del justiprecio, reglas en las que éste viene dado por la medida aritmética entre valores en venta y valores fiscales (edificios y fincas rústicas: arts. 38 y 39), o valores simplemente fiscales (solares y derechos reales: arts. 38 y 42), o con arreglo a otros criterios *ad hoc* (acciones o participación en sociedades, concesiones administrativas: arts. 40 y 41).

Sin embargo, y no obstante estas reglas precisas de valoración, la Ley remite, en definitiva, la determinación del justiprecio al valor real de los bienes, pero sin aclarar qué cosa es dicho valor real, si se corresponde o no con el valor venal, el valor de mercado (el valor que tendrían los bienes *in una libera contrattazione di compravendita* como dice, según se vio, la Ley italiana de 1865). El valor real se encuentra según la Ley al aplicar «los criterios estimativos que se juzguen más convenientes cuando la evaluación practicada por las normas específicas de valoración no resultare conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de la expropiación, por ser éste superior o inferior a aquélla».

Este juego contradictorio de reglas precisas de valoración, por una parte, y dispensa de observarlas, de otra, por la remisión a cualesquiera criterios en la búsqueda del «valor real» por fuerza había de llevar

esta materia, como así ha sido, a una gran inseguridad, incertidumbre muy difícil de remediar por la jurisprudencia que en la mayor parte de los casos elude la cuestión del criterio central de valoración reconociendo una gran libertad de apreciación al Jurado de Expropiación al que se dispensa, incluso, de fundamentar la valoración «con el mayor rigor y detalle», como exige la Ley (sentencia de 18 de febrero de 1877, entre otras muchas). En todo caso parece que una tendencia progresista va «subjetivizando» el justiprecio viendo en él —al que considera un concepto jurídico indeterminado susceptible por ello de una única solución justa (sentencia de 14 de octubre de 1981)— un valor de sustitución, en relación con la circunstancia y peripecia personal del expropiado, pues se trata «de proveerle del dinero suficiente para obtener la adecuada sustitución evitando que recaiga en el mismo la carga de subordinación de los intereses particulares sobre los generales que la expropiación forzosa entraña». Por ello esta jurisprudencia considera válida la determinación del justiprecio tendiendo más que a criterios apriorísticos de carácter general o doctrinal, o al puro economismo del valor de los bienes, con referencia al impacto de la privación en el patrimonio y vida del expropiado buscando una *restitutio in integrum* que deberá comprender los daños y perjuicios de toda índole que aquél experimente a consecuencia directa de la expropiación (sentencia de 10 de febrero de 1982).

Pero la crisis del criterio del valor real, con todas las insuficiencias que su determinación comporta y sin que el mismo pueda identificarse con el valor venal, no hay que buscarla en los criterios orientativos de la Ley de Expropiación de 1954 contenidos en preceptos diversos del artículo 43, sino en la legislación urbanística, que impuso diversas formas de valoración para los terrenos desde la Ley del Suelo de 1956.

Estos criterios —inicialmente cuatro (inicial, expectante, urbanístico y comercial) (41)— se entendieron, en principio, por la jurisprudencia, cuando no se actuaba mediante expropiación de polígonos completos, como criterios no absolutos, es decir, criterios orientativos pero en todo caso subordinados al verdadero valor real de los bienes, en aplicación del artículo 43 de la Ley de Expropiación de 1954 (42).

Pero esta situación de relativo respeto a los valores reales, entendiéndose por tales los valores de mercado, concluye con la Reforma de

(41) Inicial o rústico (en función del aprovechamiento natural de que es susceptible el suelo), expectante (añade al valor inicial las posibilidades abstractas contempladas en el Plan), urbanístico (en función del aprovechamiento reconocido en los Planes a los terrenos calificados como suelo urbano comercial o de mercado, aplicable a los terrenos ya urbanizados y convertidos en solares).

(42) El Tribunal Supremo sólo lo aplicaba al margen de los valores reales o de mercado, cuando se trataba de expropiación de polígonos enteros al margen de los planes conforme la Ley de 21 de julio de 1962 y el Decreto-ley de Expropiaciones Urbanísticas Urgentes de 27 de junio de 1970.

la Ley del Suelo de 1975, que reduce al valor inicial y al valor urbanístico los anteriores criterios de valoración y que corta de raíz la jurisprudencia defensora de las valoraciones reales (arts. 142 y 144).

La Ley 8/1990, de Reforma de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio, no sólo mantiene estos dos únicos criterios, sino que los declara aplicables a todas las expropiaciones de terrenos, cualquiera que sea la finalidad que motive la expropiación y la legislación, urbanística o de otra índole, que las legitime (art. 73).

Pues bien, estos criterios, no reales, aplicables a la expropiación de cualesquiera terrenos son al fin y a la postre valoraciones fiscales (43).

Por ello, y al margen de otros juicios de valor, debemos preguntarnos si las valoraciones urbanísticas, que entregan a criterios no reales y administrativos el justiprecio expropiatorio, y más concretamente de la Administración Tributaria, encajan o no en el concepto de justi-

(43) El *valor inicial* se determinará aplicando los criterios contenidos en las disposiciones relativas a las valoraciones catastrales, sin consideración alguna a su posible utilización urbanística (art. 67).

El *valor urbanístico* se determina en función del conjunto de derechos o facilidades de este carácter que en el momento de realizarse la valoración se hubieran adquirido. A este efecto, una vez adquirido el «derecho al aprovechamiento urbanístico» de un terreno valorará por aplicación a dicho aprovechamiento del valor básico unitario de repercusión en el polígono corregido en función de la situación concreta del mismo. Con esta finalidad la Administración tributaria fijará para cada polígono fiscal el expresado valor básico correspondiente al uso o tipología edificatoria característicos, resultantes de la ordenación urbanística, cualquiera que sea la intensidad de dicho uso, ponderándose la situación de cada parcela dentro del respectivo polígono en la forma que define la normativa sobre fijación de valores catastrales (art. 71).

En título distinto (el III, correspondiente a las expropiaciones) la Ley 8/1980 regula el justiprecio mediante una serie de normas complementarias de las de valoración, distinguiendo entre valoración y justiprecio. La valoración se lleva a efecto en función del conjunto de derechos de contenido urbanístico adquiridos. Por su parte, el justiprecio expropiatorio, y sin perjuicio de otras reglas de valoración específicas (art. 85), se obtiene aplicando a esas valoraciones determinadas agregaciones y deducciones en la siguiente forma (arts. 82 a 85):

a) El justiprecio de los terrenos que tengan incorporado el derecho a urbanizar se determinará añadiendo al valor urbanístico correspondiente a esta fase el importe de los gastos ya efectuados tendentes a la ejecución del Plan debidamente justificados.

b) El justiprecio de los terrenos de suelo urbano no incluidos en una unidad de ejecución se calculará deduciendo de la valoración del aprovechamiento urbanístico susceptible de adquisición el coste de la urbanización precisa y no ejecutada, según el Plen o, en su defecto, los costes necesarios para que el terreno correspondiente alcance la condición de solar.

c) El justiprecio de los terrenos que tengan incorporado el derecho a edificar se determina incluyendo en el justiprecio expropiatorio el 25 por 100 del coste de ejecución del proyecto para el que se obtuvo la licencia de edificación y la totalidad de los gastos que, justificadamente, estén motivados por la edificación proyectada o iniciada.

d) Por último, en los supuestos de expropiación de terrenos con la edificación legalmente concluida el justiprecio expropiatorio diferenciará el valor del suelo y el de la edificación. El valor del suelo será el correspondiente al aprovechamiento urbanístico efectivamente materializado sobre el mismo sin adición o deducción alguna. El de edificación se determinará en función de su coste de reposición, corregido en atención a la antigüedad, y estado de conservación del edificio y conformidad o no con la ordenación en vigor.

e) El justiprecio expropiatorio de los terrenos incluidos en una unidad de ejecución por el sistema de expropiación o afectos a dotaciones locales en suelo urbano o a sistemas generales se determinará en función del valor urbanístico sin deducción o adición alguna.

precio o indemnización a que se refiere el artículo 33.3 de la Constitución.

A nuestro juicio, rotundamente no. El concepto de justiprecio, justa o «correspondiente indemnización» no permite que el legislador ordinario remita a su vez su determinación con carácter absoluto e indiscutible para el juez a los criterios de esta o aquella Administración. Estamos, por el contrario, ante un concepto constitucionalmente indeterminado que no admite precisiones legales rigurosas al alza o a la baja, que varíen su esencia última de indemnización o justiprecio real, lo que permite que el juez recurra siempre a ese precepto constitucional como un concepto de aplicación directa que no puede ser sustancialmente mediatizado por el legislador ordinario.

Además, si la Constitución impone el criterio de reparto de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos entre el propietario y la comunidad (art. 47), implícitamente desautoriza un valor urbanístico cero, como el que se atribuye al valor inicial. De otro lado, si se parte, como también se dice, de que el propietario no tiene derecho alguno a las plusvalías urbanísticas porque no las ha engendrado carece de sentido que se valoren determinados terrenos por su valor urbanístico.

En todo caso, lo que no puede admitirse sin situar de nuevo la garantía de la propiedad en la indefensión del *Ancién Regime* es que la Administración, además de decidir unilateralmente sobre la desposesión, decida también sobre el justiprecio y que el fijado por aquélla se imponga inexorablemente al juez contencioso-administrativo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la tan citada sentencia de 19 de diciembre de 1986, si bien considera legítimo que el legislador regule los criterios de valoración, desautoriza que éstos se aparten o contradigan abiertamente el valor real. En dicha sentencia se advierte, en efecto, que «una vez que la Constitución no utiliza el término de “justo precio”, dicha indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable. Conforme a lo expuesto —añade— la garantía constitucional de la correspondiente indemnización concede el derecho a percibir *la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste*, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación».

VIII. REFLEXION FINAL

A la vista de lo expuesto, parece claro que la expropiación forzosa, entendida como un procedimiento defensivo de la propiedad, se corresponde únicamente con un derecho de propiedad calificado de «sagrado», como sigue siéndolo en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879, o de «inviolable», como lo definía nuestra primera Ley de Expropiación, la de 1836; pero aquel instituto y sus solemnes trámites dejan de tener sentido cuando la propiedad se rebaja a un derecho de segunda fila sin la enfática protección de que disfrutaban los derechos y libertades fundamentales incluidos en la sección 1.ª, del capítulo II del título primero de la Constitución (art. 53.2).

Sustancialmente, la protección inicial y solemne de la propiedad, en su diseño original según Ley napoleónica de 1810, consistió en una drástica prohibición de los poderes decisorios-ejecutorios de la Administración ante la que se interpuso la intervención del poder legislativo para la constatación de la utilidad pública y del juez civil para la valoración de los bienes y para declarar formalmente la transferencia de la propiedad.

En nuestro sistema, ese modelo garantista extremo, que inicialmente recibimos, parece definitivamente arrumbado, y no sólo porque la Ley de Expropiación de 1954 tomó de Francia su versión más degenerada, antes de su recomposición por la Ordenanza del General De Gaulle de 1958, sino también porque a la exclusión, de inspiración germánica, de la propiedad de la lista los derechos fundamentales en la Constitución de 1978 se ha sumado una jurisprudencia constitucional recaída en un «asunto de Estado», un asunto arduo, como el caso Rumasa, que como todos los de esta naturaleza hacen mal Derecho, hasta el punto de sentenciar en contra de la regla del previo pago y de admitir las expropiaciones sin procedimiento alguno, mediante leyes singulares, lo que está al alcance no sólo del Estado, sino de la más modesta de las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

Estas nuevas realidades obligan, pues, a ver la expropiación forzosa, olvidando su enfático tono de procedimiento garantizador de la propiedad, desde la otra banda de la potestad expropiatoria, potestad frente a la que únicamente cabe impetrar el derecho a una rebajada indemnización, cuya determinación se remite si de terrenos se trata a la valoración de la Administración tributaria. Dicho en términos militares: la doctrina constitucional y la legislación urbanística son las *Panzer Divisionen* de las leyes expropiatorias singulares y los criterios de valoración fiscal han arrasado definitivamente la estrategia francesa de la defensa de una propiedad sagrada e inviolable, construida sobre la

«línea *Maginot*» de un procedimiento expropiatorio —napoleónico primero (1810), gaullista después (1958)— solemnemente secuencial y bunkerizado por la presencia de la jurisdicción civil y el criterio del valor venal o de mercado. No queda, pues, otra defensa de la propiedad en nuestro Derecho que la común frente a cualquier actuación administrativa, o sea, la estrategia del contraataque ante la jurisdicción contencioso-administrativa para, desde la desposesión inevitable de los bienes, intentar elevar la cuantía de una indemnización fijada por la propia Administración. Ciertamente, muy poca cosa.